

A EFICÁCIA HORIZONTAL DAS GARANTIAS FUNDAMENTAIS

Cynthia Nóbrega Pereira

Juiza Substituta da Comarca de Santana do Acaraú-CE

Aluna do II Curso de Formação Inicial de Juizes Substitutos da ESMEC

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Situação histórica: A evolução do Estado Liberal para o Estado Social. 3. Relações de poder e a forma como os direitos e garantias se posicionam. 4. Dimensões subjetivas e objetivas. 5. Eficácia Horizontal. Vinculação Direta e Indireta. 6. Garantias Fundamentais. Distinção. Aplicabilidade da Eficácia Horizontal às Garantias. 7. Conclusões. 8. Referências.

RESUMO: Tendo em vista as inúmeras questões que surgem a respeito de até que ponto a Constituição pode normatizar as relações particulares, sobrepondo-se aos Códigos e Leis específicas, buscaremos traçar parâmetros afinados com a mais recente doutrina e jurisprudência a respeito do tema, orientando o aplicador do direito a como se posicionar diante da divergência de opiniões, já que existem correntes que reconhecem a supremacia constitucional em todos os ramos de direito, quer seja público, quer seja privado; ao passo que outros propugnam pela não ingerência constitucional na esfera privada.

Partindo da dupla dimensão dos direitos e garantias individuais (dimensão subjetiva, que faz com que estes possuam características de resguardo de posições jurídicas individuais; e a dimensão objetiva que confere a estes a

característica de princípios básicos de toda ordem constitucional, tendo por escopo definir os valores de toda a sociedade, expandindo-se por todo o direito positivo), poderemos enfocar uma ótica para estes direitos e garantias, fazendo como que eles não sejam considerados exclusivamente sob a perspectiva individualista, mas também e, sobretudo, que sejam vistos como um valor em si, tornando-os diretrizes na aplicação e interpretação das normas dos demais ramos do direito. Hoje, não faz mais sentido considerar que apenas no embate do público com o privado existe verticalidade de forças, pois nas relações de trabalho, nas de consumo e em grande parte das relações jurídicas entre particulares estabelecem-se situações de privilégios, podendo estas serem qualificadas como desiguais, verticais e de sujeição de uma parte a outra. Onde houver tal característica cabe ao Poder Público agir para procurar nivelar as partes, cabe a aplicação constitucional para buscar otimizar a aplicação do direito, cabe ao direito privado se pautar pelas regras norteadoras de dignidade humana e, portanto, curvar-se diante dos preceitos constitucionais.

1. Introdução

O estudo da eficácia horizontal dos direitos e garantias fundamentais nada mais é do que o modo como a nossa doutrina prevê a aplicação destes direitos e garantias nas relações entre particulares. Até que ponto a Constituição e seus preceitos, seus valores e seus diretivos, podem se imiscuir nas relações privadas onde predomina a autonomia de vontade e a liberdade contratual.

O presente trabalho busca demonstrar que a nossa Constituição é um ordenamento vinculado a valores, os quais reconhecem a proteção da liberdade e da dignidade humana como a máxima finalidade de todos os direitos, seja o direito constitucional, seja o civil, o empresarial, o do consumidor, ou o comercial. E, portanto, onde houver lesão a estes valores-princípios, o Estado, a Administração Pública, os legisladores, o Judiciário, enfim, todos os poderes legitimamente reconhecidos devem intervir para que esta dignidade e liberdade sejam preservadas. O objetivo maior deste estudo é reforçar a idéia de que a igualdade material deve sempre ser buscada nas relações jurídicas.

E por fim, consignar que o estabelecimento de uma dimensão objetiva dos direitos e garantias fundamentais tem relevante repercussão no papel criador, aplicador e interpretador do Poder Judiciário. Este estudo encontra sua principal justificativa na nova hermenêutica constitucional que busca conferir unidade à Constituição através de uma interpretação que realize os fins previstos no seu próprio texto, cabendo ao Poder Judiciário implementar os mandados de otimização contidos na nossa lei fundamental.

2. Situação Histórica: Do Estado Liberal ao Estado Social.

Antes de adentrarmos a discussão do tema propriamente dito, se faz necessário um breve passeio pelo contingente histórico em que se desenvolveram os direitos e garantias fundamentais, para que possamos compreender o crescimento da importância atribuída a estes direitos e garantias.

Nem sempre a Constituição teve o valor da atualidade, teve sua força normativa projetando-se sobre todo o ordenamento jurídico. Podemos afirmar que esta é uma característica do constitucionalismo contemporâneo.

No século XIX, era o Código Civil, em caráter exclusivo, que desempenhava a função de normatizar as relações jurídicas entre os indivíduos, sendo o Estado a fonte suprema do poder e do direito positivo. Como exemplo maior, temos o Código Napoleônico, de 1804, com seu caráter auto-suficiente e sistemático, o Código expressava um dos valores mais caros à teoria liberal: a segurança jurídica. O código regulava de forma precisa todas as relações individuais podendo ser aplicado pelos juízes da época com elevado grau de certeza, enquanto a Constituição era abstrata e permeável às opções políticas. Não se buscava uma efetiva intervenção do Estado nas situações jurídicas, mas ao contrário disto, um espaço de autonomia e liberdade quase que absoluto para os particulares. A ordem social e jurídica da burguesia liberal se caracterizava pelo primado do privado em relação ao público. Neste contexto, os direitos fundamentais,

na condição de direitos de defesa, tinham por escopo proteger os indivíduos da ingerência por parte dos poderes públicos na sua esfera pessoal e no qual, em virtude de uma preconizada separação entre Estado e sociedade, entre o público e o privado, os direitos fundamentais alcançavam sentido apenas nas relações

entre o Estado e os indivíduos.¹

A negação da autoridade constitucional se dá em virtude dos ideários liberais da época, do Estado Liberal e sua doutrina fundada em três dogmas indiscutíveis: a generalidade da lei; a igualdade de todos perante esta lei; e a consagração da autonomia da vontade privada. Era a lei, nomeadamente a lei compendiada e sistematizada nos códigos, que expressava a manifestação do direito. A isso, chamamos de legalismo ou positivismo legal.

A noção dos direitos harmonizava-se perfeitamente com a concepção liberal de estrita separação entre o direito público e o direito privado, que por sua vez, operava em total coerência com o modelo que prestigiava a lei em detrimento da constituição, que era mera diretriz.²

Tal concepção jurídica trazia em seu bojo a idéia de que o Estado devia regular as relações sociais de forma puramente procedimental, sem impor as pessoas valores de ordem substantiva. Ocorre que, era falsa a premissa de que as relações privadas estabeleciam-se entre os indivíduos iguais, livres e autônomos. À noção formal de igualdade correspondia uma noção igualmente formal de liberdade. O liberalismo, assim, tornou-se causa daquilo que, ao menos no discurso visava a combater: as diversas formas de

¹ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 9ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed; 2008.

² PEREIRA, Jane reis Gonçalves. Interpretação constitucional e direitos fundamentais. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

servidão.³

A maneira como as constituições eram percebidas pela sociedade, (leia-se o seu desprestígio e a negação do seu caráter normativo) veio a mudar com o surgimento do Estado Social e sua filosofia protecionista e intervencionista. O Estado passou a ocupar uma parcela maior de controle nas relações jurídicas, buscando igualar materialmente os pólos das relações e preservar a dignidade de todo o grupo, e não somente dos detentores dos fatores reais de poder, como sabiamente os classificou Fernando Lassale, em sua “A essência da Constituição”.

Ao Estado foi então atribuída a tarefa de realizar a justiça social, exercendo atividades político-administrativas nas esferas sociais e econômicas, prestando serviços, produzindo bens, regulando o mercado.

“Trata-se do Estado-Providência, cujas políticas atuam no sentido de assegurar as prestações positivas necessárias ao bem estar geral, conferindo materialidade e concreção aos direitos cujo reconhecimento limitava-se a um plano genérico, abstrato e formal, e acrescentando ao catálogo inicial de direitos fundamentais, a positivação de novos direitos, de novas dimensões, desta feita, de conteúdo social e coletivo.”⁴

Tal evolução dogmática está atrelada no plano ideológico, à superação do individualismo e à ascensão do Estado Social, refletindo o entendimento de que os direitos

³ Ibidem.

⁴ BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Malheiros, 1995.

fundamentais são os pressupostos para uma vida humana livre e digna, e revigorando a supremacia da Constituição e sua força normativa, pois somente através de uma constituição, do seu arcabouço principiológico, dos seus valores, é que se pode alcançar uma sociedade mais justa e igualitária.

A retomada da cultura dos direitos humanos ocorrida no pós-guerra, como reação aos traumas do holocausto, a busca por uma humanização do Direito, fez com que se avaliassem os direitos humanos por uma visão global. Buscando-se uma reconstrução mais solidária dos países em ruínas, os direitos fundamentais voltaram a ostentar o prestígio que desde as revoluções liberais não lhes era conferido. Ocorreu então, um processo de generalização da tutela internacional dos direitos fundamentais. A constituição fortificou-se.

3. Relações de poder e a forma com que os direitos e garantias se posicionam.

A ordem constitucional é hoje fonte reguladora tanto do poder político como da sociedade civil. Como afirma Konrad Hesse:

a Constituição não é mais apenas uma ordem jurídico fundamental do Estado, tendo se tornado a ordem jurídica fundamental da comunidade, pois suas normas abarcam também – de forma especialmente clara, garantias tais como o matrimônio, a família, a propriedade, a educação, ou a liberdade da arte e da ciência, - as bases da

organização da vida não estatal.⁵

Nessa perspectiva, não há mais limites precisos que separam direito constitucional de direito privado, não sendo possível concebê-los como compartimentos separados, mundos diversos, governados por lógicas diferentes. A dicotomia entre ambos resta superada, e surge o entendimento de que estes ramos do direito (PÚBLICO E PRIVADO) devem seguir lado a lado, numa relação de complementaridade. As leis e Códigos devem seguir os valores preconizados na Constituição, devem estar em sintonia com esta, que é em último plano “o principal instrumento de construção e manutenção de uma sociedade.”.

Superada a idéia de que direito constitucional e direito privado tinham campos de incidência diversos, surge o problema de aplicação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares.

Que os direitos e garantias fundamentais aplicam-se amplamente nas relações jurídicas entre os particulares e o Estado não inspira a menor dúvida, pois nestes tipos de relação onde existe uma verticalização do poder, uma diferenciação das forças de poder em questão, faz-se mister que a sociedade seja protegida, que os valores e princípios constituintes desta formação social sejam protegidos pelo Poder Público, e, sobretudo sejam respeitados, para que a dignidade das pessoas não reste maculada. Segundo

⁵ HESSE, Konrad. A força normativa da Constituição. Porto Alegre: ed. Sérgio Fabris, 1991.

Michael Foulcaut: “o poder jurídico do Estado é exercido como coerção”, e, portanto resta comprometida a esfera de autonomia dos indivíduos, que se encontram em condição de sujeição, e tem seu poder de auto determinação aniquilado, não havendo como se cogitar de aplicação do princípio de liberdade. É intuitivo então, que quando se vislumbra os direitos e garantias fundamentais a partir de sua finalidade – a qual é assegurar níveis máximos de autonomia e dignidade aos indivíduos – a aplicação destes nas relações com o poder público é de vital importância para um nivelamento destas relações.

Os direitos e garantias, junto com os valores e princípios, formam parte do conteúdo de justiça de uma sociedade democrática moderna e tem como objetivo último, ajudar a que todas as pessoas possam alcançar níveis de humanização máximos possíveis, em cada momento histórico. São meios para que a organização social e política permitam o desenvolvimento máximo das dimensões que configuram nossa dignidade, quer dizer, para que possamos eleger livremente, para que possamos construir conceitos gerais e raciocinar, para que possamos nos comunicar, transmitir a semente da cultura como obra do homem na história, e para que possamos decidir livremente nossa moralidade privada, nossa idéia do bem, da virtude, da

felicidade ou da salvação, segundo seja o ponto de vista em que nos situemos.⁶

Como exposto acima, as doutrinas nacionais e estrangeiras são uníssonas em reconhecer a aplicação destes direitos e garantias nas relações sociais com o poder público. São então nas relações privadas, relações entre particulares que surgem as divergências. Que nestas relações existe desigualdade de força não há dúvidas, pois estas não se estabelecem entre indivíduos iguais, livres e autônomos como lecionavam os liberais do século XIX. Como consequência das condições criadas pelo Estado Liberal – multiplicam-se as formas de organização privada, que assumem papéis importantes em todos os setores da sociedade, ficando cada vez mais evidente que a autoridade e poder não são atributos exclusivos do Estado, mas se manifestam também nas relações entre particulares. O fenômeno do poder desenvolve-se também – até de forma mais relevante - fora do Estado, no âmbito da sociedade. Como exemplo, temos o poder disciplinar, que é exercido horizontalmente pelos próprios sujeitos nas instituições disciplinares: a família, a fábrica, o hospital, a prisão, a escola... De fato, a complexidade da sociedade contemporânea compreende, de forma notória, relações jurídicas entre particulares que podem ser qualificadas como verticais, desiguais ou de sujeição, nas quais se identifica a

⁶ PECES-BARBA MARTINEZ, Gregório. Derechos sociales y positivismo jurídico. Madrid: Dykinson, 1999.

proeminência de uma das partes sobre a outra.⁷

Nas relações de consumo, nas relações trabalhistas, de assistência à saúde, nas instituições de ensino, nas organizações religiosas, ou seja, em inúmeros segmentos privados da sociedade civil encontramos situações de subordinação, e em tais, os direitos e garantias devem nortear estas relações.

Sem fugir do assunto, temos que deixar claro que existem direitos e garantias fundamentais que só se aplicam ao Estado e outros existem que só se aplicam aos particulares. Como exemplo de direitos que têm como destinatário único e exclusivo os órgãos estatais poderíamos citar os direitos políticos, os direitos a indenização nas ações de desapropriação, e algumas garantias fundamentais na esfera processual, como o *habeas corpus* e o mandado de segurança. Como exemplo de direitos que têm como destinatário diretamente o particular temos o direito à indenização por dano moral ou material no caso de abuso de manifestação do direito de pensamento, e sobretudo os direitos sociais do Art. 7º CF (XVII – férias remuneradas; XXX – proibição de diferenças salariais por motivo de cor, sexo...) todos estes tendo eficácia direta contra os empregadores privados. Em ambos os casos, não há como incluir tais direitos e garantias no âmbito desta nossa discussão, seja porque no primeiro caso, resta incontroverso a eficácia vertical destes, seja porque no segundo caso, embora o nosso Constituinte não tenha previsto

⁷ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves, Interpretação constitucional e direitos fundamentais. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

expressamente uma vinculação das entidades privadas aos direitos fundamentais, é a própria Constituição, que em virtude de sua formulação, deixa transparecer que tais direitos se dirigem diretamente aos particulares.

Delimitado o âmbito dos direitos pertinentes a nossa discussão, devemos partir para o reconhecimento de uma eficácia dos direitos e garantias fundamentais na esfera das relações privadas, partindo da constatação de que: “ao contrário do Estado clássico e liberal de Direito, no qual os direitos fundamentais, na condição de direitos de defesa, tinham por escopo proteger os indivíduos das ingerências por parte dos poderes públicos na sua esfera pessoal e no qual, em virtude de uma preconizada separação entre Estado e sociedade, entre o público e o privado, os direitos fundamentais alcançavam sentido apenas nas relações entre indivíduos e o Estado, no Estado social de Direito não apenas o estado ampliou suas atividades e funções, mas também a sociedade cada vez mais participa ativamente do exercício do poder, de tal sorte que a liberdade individual não apenas carece de proteção contra os poderes públicos, mas também contra os mais fortes no âmbito da sociedade, isto é, os detentores do poder social e econômico, já que é nesta esfera que as liberdades se encontram parcialmente ameaçadas.”

4. Dimensão Objetiva. Dimensão Subjetiva.

Partindo da doutrina alemã, podemos dizer que estamos diante da **eficácia horizontal dos direitos fundamentais**, da chamada ***drittwirkung***, ou eficácia

privada dos direitos. Esta eficácia horizontal é extraída da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, segundo a qual estes exprimem determinados valores que o Estado não apenas deve respeitar, mas também promover e zelar pelo seu respeito, mediante uma postura ativa, sendo, devedor de uma proteção global destes direitos. Pela ótica objetiva os direitos fundamentais são vistos não como pertencentes apenas ao indivíduo, mas a toda sociedade, já que cuida de valores e fins que toda a comunidade deve respeitar. Na perspectiva objetiva os direitos individuais devem ser reconhecidos por toda comunidade na qual se encontram inseridos, abandonando-se assim a ótica individualista, existente na dimensão subjetiva destes. Na lição de Jane Reis Gonçalves:

A dimensão objetiva traduz a função legitimadora dos direitos fundamentais, que corporificam a base axiológica do Estado Democrático de Direito. De outro lado, a dimensão objetiva constitui um reforço de proteção dos direitos fundamentais, desencadeando uma série de efeitos jurídicos autônomos.⁸

O reconhecimento de uma dimensão objetiva não importou em afastamento da prevalência da dimensão subjetiva, o que houve foi o reforço à idéia da multifuncionalidade dos direitos fundamentais, ou seja, uma autêntica mutação da função dos direitos fundamentais, que

⁸ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Interpretação constitucional e direitos fundamentais. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

passou a se apresentar, após a transição do modelo do liberal para o social, com uma duplicidade de funções, a objetiva e a até então conhecida função subjetiva. Nesse sentido, José Carlos Vieira Andrade⁹, em sua tese de Doutorado, fala no “direito subjetivo como dimensão principal” e na “dimensão objetiva como mais-valia jurídica”, relativa a efeitos outros que não a geração de posições jurídicas subjetivas. Como averba Konrad Hesse:

o essencial desta concepção ampla dos direitos fundamentais foi o rechaço à sua interpretação formal dominante até então, e o movimento rumo à noção material que compreende a dimensão jurídico-objetiva a eles inerente e os concebe como princípios supremos, ao abrigo de qualquer relativização.¹⁰

5. Eficácia Horizontal. Vinculação Direta e Indireta.

Desta dimensão objetiva deduziu-se um efeito de irradiação dos direitos fundamentais sobre todo o sistema normativo, esse efeito implica num controle que o direito constitucional deve exercer sobre todos os ramos do direito (incluindo-se aqui o direito civil e comercial – direitos

⁹ ANDRADE, Carlos Vieira Andrade. Os direitos Fundamentais na constituição portuguesa de 1976. Coimbra: Almedina, 1987.

¹⁰ HESSE, Konrad, A força normativa da constituição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

nitidamente privados), bem como a vinculação das três funções do Estado (judiciária, administrativa e executiva) ao direito constitucional. Ocorrendo uma necessidade de conformação e adaptação do direito ordinário com os comandos constitucionais. A esta chamamos de eficácia irradiante, como nos lecionou o mestre Ingo Sarlet. De fato, a admissão da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas pode ser entendida como a consequência mais importante do reconhecimento de sua dimensão objetiva. Segundo Böckenforde a *drittwirkung* “é a filha legítima do efeito da irradiação, que no fundo nada mais é que uma tentativa de elaborá-la”.

Reconhecida, pois, a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, resta saber em que condições e em que intensidade se dá esta vinculação aos direitos. No que tange aos destinatários da vinculação dos direitos fundamentais na esfera privada, quais sejam, as relações manifestamente desiguais, que se estabelecem entre os indivíduos e os detentores do poder social, bem como as relações entre os particulares em geral caracterizadas por virtual igualdade, situam-se duas maneiras distintas de abordar o tema de acordo com as relações de poder envolvidas. A primeira transporta diretamente os princípios relativos à eficácia vinculante dos direitos fundamentais (inclusive com mesma intensidade da que se verifica nos órgãos estatais) para a esfera privada, já que se cuidam indubitavelmente de relações desiguais de poder, similares àquelas que se estabelecem entre os particulares e os poderes públicos. A esta chamamos de teoria da eficácia direta ou imediata.

Estabelecendo, portanto, que onde o direito fundamental se fizesse necessário, deveria ter pronta incidência, independentemente de ter sido mediado por normas ou conceito de direito privado. A segunda, quando se trata de relações igualitárias de poder, defende uma vinculação secundária dos demais particulares, consistente num dever geral de respeito, evitando-se assim uma ordem jurídica totalitária, que não deixa espaço para a autonomia privada e a liberdade individual. Chamamos esta, de teoria da eficácia indireta ou mediata. “No âmbito das relações entre particulares que se achem em relativa igualdade de condições, haverá de se proceder a uma ponderação entre os valores envolvidos, com vistas a alcançar uma harmonização entre eles no caso concreto (concordância prática). Há de se buscar não sacrificar completamente um direito fundamental nem o cerne da autonomia de vontade.”¹¹

Nesta teoria atenua-se a intensidade da aplicação dos direitos fundamentais, reconhece-se que o Estado está obrigado a protegê-los, mas que esta proteção se dará de maneira mediata, através das cláusulas gerais (ordem pública, bons costumes, boa fé) ou pela interpretação das demais regras do direito privado.

6. Garantias Fundamentais. Distinção. Aplicabilidade da Eficácia Horizontal às Garantias.

Vista e discutida a vinculação dos particulares em suas relações privadas com os direitos fundamentais, resta-

¹¹ MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de direito constitucional. São Paulo: Saraiva, 2007.

nos abordar de forma mais direta se esta vinculação diz respeito aos direitos fundamentais apenas, ou se estão aqui incluídas também as garantias fundamentais. Que existem muitas diferenças entre eles não resta dúvida, pois a própria Constituição tratou de fazer a separação ao se referir em seu Título II, aos direitos e garantias fundamentais. Mas embora tenha aberto o Título II com tal rubrica, não cuidou o constituinte originário de explicitar regras que separem as duas categorias, ficando a cargo da doutrina pesquisar e distinguir onde estão os direitos e onde estão as garantias. Valendo-se das lições de Rui Barbosa tem-se que os direitos são as disposições declaratórias que exprimem a existência legal deles mesmos e as garantias disposições assecuratórias, que partindo em defesa destes direitos, limitam o poder. Soma-se ainda, a opinião de Jorge Miranda para quem os direitos representam por si mesmos certos bens, ao passo que as garantias se destinam a assegurar a fruição destes bens, sendo, portanto, de natureza acessória. Valendo-se ainda das lições dos dois mestres, verificamos que as garantias apresentam um papel instrumental em relação aos direitos fundamentais, servindo como instrumentos de efetivação dos direitos por elas protegidos, além de legitimarem ações estatais para defesa dos direitos fundamentais. Embora a doutrina constitucional brasileira em sua grande maioria concorde com a distinção entre direitos e garantias, deve-se deixar consignado o entendimento de Gilmar Mendes¹² assegura que “nem sempre a fronteira entre

¹² MENDES, Gilmar Ferreira Mendes e outros, Curso de Direito Constitucional, 1ª ed., São Paulo: Saraiva, 2007.

uma e outra categoria se mostra límpida – o que na realidade, não apresenta nenhuma importância prática, uma vez que a nossa ordem constitucional confere tratamento unívoco aos direitos e garantias fundamentais.” Concluindo, que ambas as categorias, possuem a mesma dignidade jurídico-constitucional.

Ainda segundo Rui Barbosa, “as garantias podem ser consideradas como as formalidades que cercam os direitos com a finalidade de protegê-los contra os abusos de poder.” Portanto, onde for praticado o abuso, seja na esfera pública, seja na esfera privada, o lesionado poderá se valer das garantias tanto quanto dos direitos. “As garantias constitucionais tem por fito instrumentalizar direitos referentes à dignidade do ser humano. O maior destinatário de tais cláusulas é, pois, o cidadão. Elas pertencem a este e integram seu patrimônio jurídico fundamental. Acompanham-no aonde quer que vá e perante quem se poste...”, assim nos ensina o professor Gerson Marques¹³. Cabendo aqui a pequena ressalva aos destinatários das cláusulas, os quais o prof. Íngo Sarlet chama de titulares, por entender serem eles sujeitos ativos da relação jurídico-subjetiva, ao passo que os destinatários seriam as pessoas físicas ou jurídicas em face das quais os titulares podem exigir o respeito, a proteção ou a promoção do seu direito.

Ainda seguindo as lições de Gérson Marques:

No campo privado é função do Estado

¹³ MARQUES DE LIMA, Francisco Gérson. Fundamentos Constitucionais do Processo - sob a perspectiva dos direitos e garantias fundamentais. São Paulo: Malheiros, 2002.

equilibrar as relações entre as partes, assegurando garantias mínimas aos que se encontre em estado de sujeição ou de hipossuficiência perante outrem [...] E é sob dita ótica que existem as normas sobre as relações de consumo (protegendo o consumidor), relações de trabalho (protegendo o obreiro), relações civis e comerciais (protegendo o devedor), etc.¹⁴

Saindo da doutrina e adentrando na seara jurisprudencial verificamos a tendência dos nossos Tribunais Superiores e do Supremo em proclamar a vinculação das relações jurídicas privadas às garantias constitucionais. O acórdão do STF que mais profundamente abordou o tema conclui que normas jusfundamentais de índole procedimental, como a garantia da ampla defesa, podem ter incidência direta sobre as relações entre particulares, em se tratando de punição de integrantes de entidade privada.¹⁵ Em outro acórdão o STF não aceitou que a invocação do princípio da autonomia legitimasse discriminação, por conta da nacionalidade do trabalhador, no tocante à distribuição de benefícios no estatuto de pessoal de certa empresa. Considerando salvaguardados o direito à igualdade (todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza) e a garantia a ele correspondente (a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades

¹⁴ Ibidem.

¹⁵ RE 201.819, julgado em 11-10-2005, Rel. para acórdão de Gilmar Mendes (Dj de 27-10-2006).

fundamentais).¹⁶ Nesse contexto seria possível cogitar uma série de situações envolvendo potenciais lesões a garantias fundamentais na esfera privada, - como exemplos: limitação por contrato, com o acordo e consentimento do titular, da liberdade de associação, ferindo a garantia de que ninguém poderá ser compelido a associar-se ou manter-se associado (art. 5º, XX); sanção a condômino sem que lhe seja dada oportunidade de defender-se, ferindo a garantia de ampla defesa; recusa de escolas de receber determinadas categorias de pessoa baseadas em deficiências mentais ferindo a garantia contra qualquer discriminação atentatória do direito de igualdade – onde o titular da garantia poderá socorrer-se diretamente do Judiciário que está obrigado por meio da aplicação, interpretação e integração, a outorgar às normas de direitos fundamentais a maior eficácia possível no âmbito do sistema jurídico.

7. Conclusões

A concepção de que os direitos e garantias fundamentais incidem diretamente nas relações privadas é uma consequência natural e lógica da adoção de um modelo hermenêutico comprometido com o caráter normativo da constituição. Isso não significa dizer que os direitos fundamentais devem incidir de forma absoluta nas relações entre particulares. O problema da eficácia dos direitos fundamentais nas relações inter privados há de ser resolvido mediante um processo de ponderação, que deverá

¹⁶ RE 161.243 (Dj de 19-12-1997, Rel. Carlos Veloso).

considerar os diversos direitos envolvidos. A ponderação nestes casos deve ser orientada por alguns critérios específicos: (a) se a ação violadora do direito puder ser indiretamente imputada ao Estado, os direitos fundamentais devem ser aplicados; (b) se as pessoas privadas encontrarem-se em posição de supremacia com relação à outra parte, devem ter suas ações limitadas pelos direitos e garantias fundamentais; (c) e ainda, a necessidade de preservar a pluralidade no âmbito social, devendo-se considerar as consequências concretas que a incidência destes poderá acarretar para a preservação da autonomia privada e da segurança jurídica.

Ao término deste estudo, concluo não ser possível em tão breves linhas, esgotar toda a problemática doutrinária que gira em torno do tema. Impossível copilar as diversas posições jurídicas e suas nuances. Busquei simplesmente organizar as principais soluções condizentes com o meu pensamento, dentro das infinitas possibilidades. Pois se trata de aplicação caso a caso, analisando situações concretas.

Os parâmetros traçados nos parágrafos anteriores servem apenas de norte, para que tentemos efetivamente fazer a nossa Constituição acontecer, estabelecendo um lastro que seja considerado como o mínimo de dignidade da pessoa humana e que este mínimo seja preservado em quaisquer situações onde se estabeleçam relações de poder.

Pontuei algumas das leituras constitucionais mais afinadas com o entendimento moderno de constitucionalismo dirigente, buscando com isso, tornar nossa Carta magna mais condizente com a realidade material, para que nossos aplicadores e intérpretes dêem sentido às suas diretrizes, fazendo da justiça uma justiça social.

8. Referências

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário nº. 161.243, Rel. Min. Carlos Velloso, publicado no DJ 19-12-1997.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº. 201.819, Rel. Min. Gilmar Mendes, publicado no DJ 27-10-2006.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Hábeas Corpus nº. 12.547/DF, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, publicado no DJ 12.02.2001.

HABERLE, Peter. Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição. Porto Alegre: ed. Sérgio Fabris, 1997.

HESSE, Konrad. A força normativa da constituição. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991.

LASSALE, Ferdinand. A essência da Constituição. Rio de Janeiro: ed. Libe Júris, 1988.

MARQUES DE LIMA, Francisco Gérson. Fundamentos Constitucionais do Processo – sob a perspectiva dos direitos e garantias fundamentais. São Paulo: Malheiros, 2002.

MENDES, Gilmar Ferreira e outros. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2007.

NOVAIS, Jorge Reis. Direitos Fundamentais, trunfos contra a maioria. Coimbra: Ed. Coimbra, 2006

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Interpretação constitucional e direitos fundamentais. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 9ª ed. Porto Alegre: Liv. do Advogado, 2007.

SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 29ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.